

A CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY À EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E AO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS

DANIELLE VIGNOLI GUZELLA LEITE

Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais

RESUMO: A necessidade de fundamentação de uma teoria jurídica que reconheça normatividade aos direitos sociais fundamentais e, portanto, vinculação a eles dos Poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário) é o objeto deste trabalho, por meio da análise da construção teórica formulada por Robert Alexy, no Direito alemão, marco teórico este apto a justificar a legalidade e legitimidade do controle e, até mesmo, da implementação de políticas públicas através da jurisdição, considerando os direitos sociais eleitos e positivados na Constituição Federal como direitos fundamentais e a omissão do Poder Executivo em efetivar tais direitos. Parte-se, ainda, da recusa em identificar o controle jurisdicional com ativismo judicial, no sentido de tomada de postura política pelo órgão jurisdicional como definidor dos direitos sociais a serem implementados, porque não se trata de protagonismo de tipo político, mas que afirma o primado do Direito e o fortalecimento da normatividade dos direitos fundamentais através do sistema judiciário eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais fundamentais; Robert Alexy; políticas públicas; controle jurisdicional.

ABSTRACT: The need for substantiation of a legal theory that recognizes the normative nature of fundamental social rights, and therefore, a link between them and the Government Branches (Executive, Legislative and Judicial) is the object of this study, through an analysis of the theoretical construction formulated by Robert Alexy, in German Law. This framework can justify the legality and legitimacy of the control, and even of the implementation of public policies through the courts, considering the social rights as elected and positivated in the Federal Constitution to be fundamental rights, and the omission of the Executive Branch in making rights effective. It is also based on the refusal to identify jurisdictional control with judicial activism, in the sense of the jurisdictional organ assuming a political posture as the definer of the social rights to be implemented, because this is not a matter of political leadership, but rather an affirmation of the primacy of Law and the strengthening of the normativity of the fundamental rights through an effective judicial system.

KEY WORDS: Fundamental social rights; Robert Alexy; public policies; jurisdictional control.

SUMÁRIO: 1. Os direitos fundamentais constitucionalizados. Da aplicabilidade imediata e efetividade dos direitos fundamentais. 2. A contribuição de Alexy – Teorias de princípios e regras e sopesamento. 2.1. Teoria dos princípios e regras. 2.2. Sopesamento. 2.3. Direitos subjetivos. 2.4. Consequência de uma teoria de princípios – a racionalidade de restrição aos direitos fundamentais. 3. Refutação às críticas feitas ao sopesamento. 4. Inafastabilidade do controle jurisdicional. 5. Judicialização da política pública. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1. Os direitos fundamentais constitucionalizados – da aplicabilidade imediata e efetividade dos direitos fundamentais

Uma vez constitucionalizados os direitos, fundamentais, eis o grande desafio que impõe o constitucionalismo contemporâneo: o de superar a programaticidade de suas normas e determinar seu caráter normativo, a sua aplicabilidade imediata e o seu grau de eficácia. Isso porque, consoante a lição do constitucionalista português Canotilho, a mera positivação, enquanto incorporação na ordem jurídica dos direitos fundamentais, por si só, não efetiva o direito. Há de serem seguidos dois outros passos pelos direitos “naturais” e “inalienáveis” para a sua efetivação: a constitucionalização, vale dizer, a vinculação do legislador e do aplicador do direito aos direitos constitucionalizados, tornando-os indisponíveis; a fundamentalização, significando a outorga constitucional de especial dignidade de proteção, não só formal mas também material. (BONAVIDES, 2005, p. 377-379).

Na mesma esteira, Bonavides (2005, p. 257) sustenta que, em sendo os princípios normas vinculantes, não se pode mais tê-los como “[...] conteúdo inócuo da programaticidade mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais [...]”. Ele formula o conceito principal de Direito – o princípio como fonte material básica e primária, com ascendência hierárquica sobre a lei e o costume, “[...] com virtualidade para matizá-los, com força para gerá-los, com potencialidade para invalidá-los”. Assim, consistem os princípios em uma “superfonte”, emprestando a expressão de Flórez-Valdés citado por Bonavides (2005, p. 288). O que propõe é a superioridade dos princípios no sistema jurídico, pelo que Bonavides bem a sintetiza: é a evolução do Estado de Direito para o Estado Principal. (BONAVIDES, 2005, p. 288).

Por tais motivos, propõe Bonavides (2005, p. 596) uma nova hermenêutica dos direitos fundamentais, segundo a qual os direitos fundamentais já não teriam eficácia “[...] em função da lei [...]” mas, ao contrário, as leis ganham eficácia “[...] em função dos direitos fundamentais [...]”. Em tal ponto, difere da construção doutrinária de Alexy, e no presente estudo pretende-se analisar sua viabilidade enquanto também

proposta de reforço da normatividade e natureza vinculante dos princípios, ainda que estes não sejam tidos como superiores à regra.

Em que pese a divergência entre Bonavides e Alexy, este doutrinador pátrio propõe, em seu capítulo 17, que o chama de nova hermenêutica, em que a interpretação deve ser orientada para a concretização, enquanto método hermenêutico que parte do caso concreto, e não do texto da norma. Esta hermenêutica, que visa à concretização dos direitos fundamentais, não só esclarece, mas confere sentido à norma, pela imposição da necessidade de conferir efetividade aos direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2005).

Assim, assente Barroso (2009a, p. 359) à concretização das normas constitucionais:

Nesse ambiente, a Constituição passa a não ser apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas de direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição.

No mesmo esteio, Hesse (1991, p. 13) propõe o que denomina “[...] condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social [...]”, em que rejeita a radical separação entre norma e realidade, entre ser e dever ser, sustentada pelo positivismo jurídico, e repudia qualquer tentativa de enfraquecer a força normativa da Constituição, por conter “[...] uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado [...]”. (HESSE, 1991, p. 11). Assim, expressa:

Mas [...] a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não de confunde com as condições de sua realização [...]. A Constituição [...] significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela [...]. (HESSE, 1991, p. 15).

Mais adiante, conclui pela necessidade da interpretação concretizadora que não se evite a tensão entre norma e realidade, e que reforce a normatividade das normas constitucionais, em respeito ao que denomina princípio da ótima concretização da norma:

Finalmente, a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ele há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. [...] A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente. (HESSE, 1991, p. 22-23, grifo do autor).

A efetividade dos direitos fundamentais passa, necessariamente, pelo estudo do alcance do dispositivo constitucional do parágrafo 1º do art. 5º.

Sarlet (2006, p. 271) vai ao Direito comparado e encontra dispositivo semelhante que impõe a aplicabilidade imediata na Constituição portuguesa, porém a se referir apenas aos direitos de defesa. No Uruguai, interpretou a seguinte dicção normativa como aplicabilidade imediata: “[...] *no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva, sino que esta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y las doctrinas generalmente admitidas*”. Por fim, informa que, na Alemanha, fala a norma em vigência e validade, mas não as confunde com aplicabilidade:

Por derradeiro, embora cronologicamente anterior, cite-se o art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha (de 1949), por vezes objeto de equivocada tradução para o vernáculo, de acordo com o qual ‘os direitos fundamentais a seguir enunciados vinculam o Legislador, o Poder Executivo e o Judiciário como direito diretamente vigente’ (*‘Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht’*). (SARLET, 2006, p. 271 e nota n. 64, grifo do autor).

No Direito pátrio, o citado parágrafo 1º utiliza-se da expressão genérica *direitos e garantias fundamentais*, sem distinção entre os de natureza de defesa e os sociais, não se podendo acatar pretensões de restrição de seu alcance aos direitos elencados no art. 5º. Portanto, mesmo os direitos fundamentais localizados em outras partes da Constituição, ou até em tratados internacionais, têm aplicabilidade imediata, como resultado de interpretação sistemática dos parágrafos 1º e 2º.

Sarlet (2006, p. 282), na esteira de Canotilho, sustenta que a norma do art. 5º, parágrafo 1º, tem “[...] cunho inequivocamente principiológico [...]”, pois estabelece aos órgãos estatais a tarefa de reconhecer “[...] a maior eficácia possível [...]” aos direitos fundamentais, como mandado de otimização. Assim, o alcance, vale dizer, o grau de aplicabilidade e eficácia dependerá do exame da hipótese em concreto. Ademais, acrescenta que o parágrafo 1º gera presunção de aplicabilidade imediata, porém sustenta presunção de natureza relativa, consoante a lição de Dürig no Direito alemão (DURIG *apud* SARLET, 2006, p. 283 e nota n. 97).

Esse é um problema recorrente dos direitos sociais, que não atinge direitos de defesa contra os quais não se opõe controvérsia sobre sua eficácia, já que os direitos de matriz liberal-burguesa têm a seu favor o fato de contarem, no mais das vezes, apenas com a omissão estatal para serem efetivos. Portanto, direitos de defesa têm contado com consenso quanto à aplicabilidade imediata e à plenitude eficaz, até mesmo na perspectiva subjetiva.

Por seu turno, os direitos sociais, que têm por objeto a conduta positiva do Estado, objetivam realização da igualdade material, garantindo a participação do povo na distribuição pública de bens. Portanto, grande parte das objeções teóricas que se levantam contra a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, sob argumentos de economia, pode levar aos desvirtuados¹ fundamentos marxistas por seus pretensos seguidores, em que a infraestrutura econômica comanda (leia-se: restringe) até mesmo a eficácia de direitos fundamentais já escolhidos e positivados na Constituição.

Sarlet (2006, p. 297) ressalta que grande parte da dificuldade oposta à aplicabilidade imediata dos direitos sociais está em que o conteúdo da prestação devida pelo Estado dificilmente poderá ser estabelecido e definido de forma geral e abstrata, para que possa ser efetivado imediatamente, sem dependência de intermediação legislativa.

Ousa-se complementar o entendimento exposto, pois que até mesmo a integração legislativa infraconstitucional dificilmente garantirá definição completa do conteúdo do direito ou do procedimento para garanti-lo, em razão da generalidade que também a lei, e não somente a Constituição, tem de atender, e pela evolução dos fatos sociais, que não consegue ser acompanhada em tempo real pelo normativo.

¹ Afirma-se serem desvirtuados, de acordo com a lição de Collin (2008, p. 122-123): “Se se pode compreender bem o que está em questão, vê-se o quanto pode estar errada a representação tradicional do marxismo que o explica com base na determinação da superestrutura pela infra-estrutura econômica, sendo a superestrutura ideológica, política e jurídica apenas o reflexo da pretensa infra-estrutura econômica. [...] Quando os marxistas tentam ‘dialetrizar’ a relação entre infra-estrutura e superestrutura, evocar os efeitos do ideológico sobre o econômico ou da consciência sobre o ser, apenas confirmam que não compreendem o que Marx diz, quase com todas as letras: o econômico, enquanto tal, é tão pouco ‘material’ como a religião ou a filosofia; se passa na cabeça! Material é o processo de produção, esse processo que tem como fonte a força e a inteligência dos homens e que produz objetos nos quais se extingue.”

Vê-se, portanto, que a decisão no caso concreto, mediante a análise de todos os elementos e circunstâncias que o cercam, bem como mediante o sopesamento entre direitos colidentes, será inevitável.

Conclui-se que há uma graduação da aplicabilidade dos direitos fundamentais dependente não somente da forma de positivação mas também da função e do objeto de cada direito fundamental, além da análise, no caso concreto, das colisões entre direitos. Por tal motivo é que se ousa afirmar que uma recusa de aplicabilidade imediata, que é frequentemente oposta aos direitos fundamentais não regulamentados em nível infraconstitucional, deve ser excepcional e fundamentada no caso concreto.

Por fim, a disposição constitucional de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, além de referir-se à eficácia jurídica como a aptidão para produzir efeitos – consoante o entendimento consolidado por Silva (1982, p. 56) de que “[...] diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma [...]”, também deve ser lida como comando de efetividade.

Para tanto, inicialmente, Barroso conceitua a efetividade como o cumprimento efetivo do Direito pela sociedade, o reconhecimento do Direito e de sua força operativa no mundo dos fatos, a materialização de seus preceitos no mundo dos fatos. Preconiza que ao jurista cabe formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas constitucionais, e Paolo Biscaretti di Ruffia citado por Barroso (2009a, p. 84) manifesta a necessidade de reforço da normatividade da Constituição: “O Direito existe para realizar-se [...] sendo a Constituição a própria ordenação suprema do Estado, não pode existir uma norma ulterior, de grau superior, que a proteja. Por conseguinte, ela deve encontrar em si mesma a própria tutela e garantia [...]”.

Verifica-se que Barroso não está a propor a impossível utopia, dissociada da realidade social, porém a própria aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade, até porque aceita exceção à efetividade do direito na existência de situações anômalas, quando o efeito jurídico pretendido pela norma é irrealizável, em que “[...] não há efetividade possível [...]” (BARROSO, 2009a, p. 83), como em casos de deliberada manipulação por meio de promessas antecipadamente frustradas, como um mito de dominação ideológica. Assim, tais situações, por sua excepcionalidade, por constituírem ocorrências isoladas, não podem servir como desculpas para se recusar efetividade ao sistema jurídico como um todo ou a normas de direito fundamental que não incorrem em tal vício de impossibilidade de efetivação.

O que propõe Barroso é que a efetividade do Direito decorre de seu caráter normativo, e que a estruturação da positivação do sistema deve propiciar que a situação jurídica do cidadão seja facilmente identificada e garantida por instrumentos de tutela, inclusive jurisdicionais. Nesse sentido, entendo que um marco teórico que deve ser aprofundado, para que o Direito pátrio logre a efetividade de direitos fundamentais, é a teoria de Alexy que se passa a expor.

2. A contribuição de Alexy – teorias de princípios e regras – sopesamento de princípios

A análise de aplicabilidade dos direitos fundamentais não pode ser restringida ao âmbito político porque, além de já terem sido tais direitos eleitos como fundamentais e constitucionalizados, são eles fundamentos de todo o ordenamento jurídico, não podendo ser tomados, como visto, como meros programas não vinculantes ao legislador e ao administrador. Assim, pretende este trabalho analisar a teoria jurídica proposta por Alexy (2008), como capaz de levar à efetivação dos direitos fundamentais, não se podendo contentar em atribuir aos direitos fundamentais tão somente natureza política.

Se a ciência jurídica deve, inicialmente, analisar os direitos fundamentais sob o aspecto analítico (preocupando-se com os conceitos de que se utiliza, com sua sistematização e com a sua validade), não poderá deixar de atentar também para o aspecto normativo, dentro do qual a preocupação é com a decisão correta no caso concreto.

Porém, a decisão jurídica do caso concreto implica, no entendimento de Alexy (2008, p. 36), valoração, pois que “[...] a dogmática jurídica é uma tentativa de dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado [...]”.

Portanto, a proposta de Alexy para o estudo dos direitos fundamentais é de uma teoria estrutural, porque prima inicialmente pela clareza analítico-conceitual. Mas não se restringe a tal tratamento lógico do direito, de certa origem positivista, rechaçando junto a Ihering citado por Alexy (2008, p. 49) o “[...] culto ao lógico, que imagina elevar a jurisprudência a uma matemática do direito [...]”.

A valoração torna-se indispensável, na medida em que o Direito não é despidido de valores, ele os contém.

2.1 Teoria dos princípios e regras

Tendo em mente a necessidade de uma teoria jurídica, Alexy tem a preocupação de reforçar a normatividade dos direitos fundamentais, por meio da especificação de dois tipos de normas – as regras e os princípios, não sendo a ambos negada a força vinculante deontológica resultante de sua normatividade.

O que faz é rechaçar uma concepção que contrapõe o princípio à norma; admite a contraposição do princípio à regra. E Galuppo (1998, p. 135-136) analisa como Alexy chega a tal conclusão:

[...] Alexy adota um conceito ‘semântico’ da norma, segundo o qual esta é essencialmente, como já indicara o próprio Kelsen ‘o significado de um enunciado normativo’.

[...] Portanto, uma norma, para Alexy, é o significado de um enunciado que diz que algo deve-ser. Como tanto as regras quanto os princípios expressam que algo deve (juridicamente) ser, ambos devem ser entendidos como tipos de normas jurídicas.

Por tal diferenciação, as regras já contêm, em sua disposição, as determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Portanto, são consideradas razões definitivas, e o conflito entre regras será solucionado – se já não o foi pela introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras – pela declaração de invalidade de uma das regras colidentes. (GALUPPO, 1998, p. 92).

Por seu turno, os princípios sustentam uma diferença em face das regras, que Alexy (2008, p. 167) toma como diferença de natureza qualitativa: os princípios, ao contrário de já terem o possível por conteúdo, têm como critério de aplicação o “mandamento de otimização”, na medida em que os “[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...]”.

Assim sendo, admite Alexy (2008) a restrição à plena satisfação do princípio, restrição esta fundada no fato de que há princípios que são colidentes entre si, e que não poderiam ser aplicados todos com máxima efetividade ao mesmo tempo. Assim, as possibilidades jurídicas restringem aquilo que é exigido pelo princípio. Tal restrição, porém, será extraída da relação concreta entre a exigência do princípio *versus* aquilo que seja exigido pelo princípio colidente. Por tal motivo sustenta que os princípios podem “ser satisfeitos em graus variados”. (ALEXY, 2008, p. 90).

Na colisão entre princípio, portanto, a solução não pode dar-se nos termos de invalidar um deles, mas a partir do reconhecimento de precedência de um princípio sobre o outro, em face de determinadas circunstâncias. Enquanto o conflito de regras ocorre na dimensão da validade, em que uma delas será inválida, a colisão de princípios ocorre na dimensão de peso, em que um dos princípios terá prevalência no caso concreto. (ALEXY, 2008, p. 94).

A conclusão a que se chega com a diferenciação proposta é de que os princípios são comandos de dever-ser inicialmente aparentes, enquanto não se considera o caso concreto. É o que Alexy (2008, p. 103) denomina por comando “*prima facie*”, cuja definitividade somente poderá ser constatada *in concreto*. E o critério para tal constatação da definitividade é o sopesamento entre os princípios que se mostrem colidentes.

2.2. Sopesamento

Ocorre que o peso – ou precedência – de um princípio sobre o outro não se dá por uma racionalização abstrata, como se diferenciados pesos os princípios já possuíssem de forma imanente. É necessário um sopesamento de princípios, em

que nenhum dos colidentes pode exigir uma precedência geral e abstrata, para toda e qualquer ocorrência possível no mundo real, mas em que é essencial decidir qual interesse deve ceder e qual dever prevalecer, levando-se em conta a configuração típica do caso.

Para nortear o procedimento do sopesamento, Alexy (2008, p. 99) cria a “lei de colisão”, segundo a qual “[...] as condições, sob as quais um princípio tem precedência em face de outro, são o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência [...]”.

De seu enunciado depreende-se que, do sopesamento entre princípios colidentes no caso concreto, extrai-se uma regra, a qual cominará definitivamente, diante de determinadas condições, a consequência jurídica do princípio prevalente. (ALEXY, 2008, p. 165).

Fixando tais diferenciações entre regras e princípios, como espécie de normas, Alexy (2008, p. 141) reconhece que há normas de direitos fundamentais com estrutura de princípios e outras com estrutura de regras. O que sustenta é que, portanto, direitos fundamentais que se expressem em normas estruturadas como princípios exigem que seu objeto seja realizado na maior medida do possível fático e jurídico e, portanto, não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*.

Porém, Alexy (2008, p. 104) vai mais adiante e sustenta que, embora as regras sejam, no mais das vezes, razões definitivas por serem positivadas com a determinação da extensão de seu conteúdo e já analisadas as possibilidades, podem não ter sempre caráter definitivo, quando uma exceção for posta a ela por um princípio, pelo que também as regras podem ter um caráter *prima facie*. Assim, em que pese admitir hierarquização entre os níveis do princípio e da regra, pois que, pelo postulado da vinculação à Constituição, há primazia do nível das regras sobre o nível dos princípios que deixa muitas questões em aberto, Alexy lembra que a jurisprudência demonstra que o Tribunal Constitucional Federal alemão não pressupõe sempre e em todo caso a primazia das regras, pois também o postulado da vinculação ao teor literal da Constituição pode ser afastado:

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal demonstra que ele não pressupõe uma primazia inafastável das determinações fixadas pelo texto constitucional. Um exemplo disso é a decisão em um caso envolvendo farmácias. De acordo com o texto do art. 12, parágrafo 1º, 1, da Constituição alemã, a liberdade de escolha profissional, ao contrário do que ocorre com a liberdade do exercício profissional, não está sujeita a nenhum tipo de reserva. O argumento do Tribunal segundo o qual a tentativa de 'rejeitar *qualquer* possibilidade de intervenção do legislador na liberdade de escolha profissional [...] não corresponderia à realidade social e, por conseguinte, não conduziria a resultados jurídicos plausíveis' pode ser entendido de forma a que um desvio do teor literal do texto constitucional

seja justificado caso se esteja diante de condições sob as quais os princípios colidentes tenham um peso muito maior que o peso da liberdade de escolha profissional. Trata-se, portanto, de um caso em que não corresponde à primazia do nível das regras – definidas por meio do teor literal da Constituição – diante do nível dos princípios. A relação de primazia entre os dois níveis não é, portanto, uma primazia estrita. Na verdade, aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado. A questão da força dessas razões é objeto da argumentação constitucional. (ALEXY, 2008, p. 140-141).

Alexy procede à tomada de posição pela normatividade do princípio e, neste ponto, faz-se pequena pausa para ilustrar como tem sido efetiva a normatividade principal no Direito pátrio, com a citação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal² na Ação Direta de Constitucionalidade nº 12 (relator Ministro Carlos Britto) e no Recurso Extraordinário n. 578.951/RN (relator Ministro Ricardo Lewandowski), em que se declarou a constitucionalidade da Resolução n. 7, de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, que proíbe a nomeação de parentes de membros do Poder Judiciário, e na Súmula Vinculante nº 13, que vedou nepotismo nos Poderes Executivo e Legislativo, todas fundadas nas premissas constitucionais principiológicas da moralidade e impessoalidade, mesmo ausente expressa proibição em regra legal.

Por seu turno, um princípio nunca é razão definitiva em si mesmo porque, segundo a lei de colisão, quando se define uma preferência, está se definindo uma regra. E será essa regra, definida pelo sopesamento, que terá natureza definitiva.

Assim, a natureza *prima facie* do princípio – que de início pode causar certa surpresa e uma falsa noção de que se está enfraquecendo a normatividade e vinculação que lhe devem ser inerentes – afigura-se coerente com a própria noção de Direito. Isso porque o sistema jurídico não se compatibiliza com a existência de princípios absolutos, até porque tal não poderia existir em um ordenamento jurídico que inclui direitos fundamentais. A própria noção técnica de direito, assim mesmo como a noção do senso comum, impele o seu conceito para que já seja o de uma esfera limitada na qual o titular pode decidir-se e agir. A delimitação do âmbito de um direito é pressuposto necessário da sua própria existência e realização, especialmente considerada a coletividade de pessoas e seus direitos próprios que, se não delimitados, a todo tempo colidirão e impedirão que cada um exerça seus direitos.

Portanto, o mérito da teoria de Alexy é exatamente fortalecer a normatividade e força vinculante das normas de direitos fundamentais, sem cair na quimera de um modelo tão somente de regras, no qual as normas de direitos fundamentais seriam sempre aplicáveis sem necessidade de nenhum sopesamento. Tal ilusão se desfaz em

² Disponível em: <www.stf.jus.br>

razão de que até mesmo direitos fundamentais, contra os quais a Constituição não traz nenhuma disposição de reserva (restrição), podem ser restringidos por direitos fundamentais de terceiros e princípios de hierarquia constitucional.

Isso deriva de um sistema que protege direitos fundamentais diversos, que devem ser dialéticos, no sentido hegeliano de síntese dos opostos. Isso porque a diversidade de direitos consagrados constitucionalmente exige que eles dialoguem entre si, por ser, no mais das vezes, impossível a concomitante aplicação imediata e com total carga de efetividade de todos eles, ao mesmo tempo, sem que se proceda ao sopesamento para identificar qual dos princípios terá prevalência. Nesse sentido, propõe-se a dialética, com fulcro na lição de Konder:

A dialética – observa Carlos Nelson Coutinho – ‘não pensa o todo negando as partes, nem pensa as partes abstraídas do todo. Ela pensa tanto as contradições entre as partes (a diferença entre elas: o que faz de uma obra de arte algo distinto de um panfleto político) como a união entre elas (o que leva a arte e a política a se relacionarem no seio da sociedade enquanto totalidade)’.

[...]

As conexões íntimas que existem entre realidades diferentes criam *unidades contraditórias*. Em tais unidades, a contradição é essencial: não é um mero defeito do raciocínio. Num sentido amplo, filosófico, que não se confunde com o sentido que a lógica confere ao termo, a *contradição* é reconhecida pela dialética como princípio básico do movimento pelo qual os seres existem. A dialética não se contrapõe à lógica, mas vai além da lógica, desbravando um espaço que a lógica não consegue ocupar. (KONDER, 2008, p. 44;47, grifo do autor).

Também o sopesamento será necessário em direitos fundamentais previstos com reserva, os quais estão à disposição da vontade restritiva do legislador, porém até apenas atingir o limite do seu conteúdo essencial, a fim de evitar o esvaziamento do direito fundamental. Tal empreitada restritiva pelo legislador somente será bem sucedida se realizada pela via do sopesamento entre o conteúdo do direito e a proporcionalidade das restrições que se pretende impor. (KONDER, 2008, p. 130). O sopesamento não é, porém, uma operação abstrata e desregrada.

Como regramento ao sopesamento, Alexy (2008, p. 167) propõe duas relações de importância que devem ser seguidas: “[...] quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.” Também: “[...] sopesamento global entre a intensidade da intervenção e o peso e a urgência das razões que a justificam [...]”.

Portanto, o sopesamento oferece critérios para sua realização, pois necessariamente sopesa os dados da realidade e a afetação de princípios colidentes. O sopesamento de princípios não exclui, em absoluto, a análise da realidade fática e as limitações que esta impõe; ao contrário, pressupõe-nas. Não se trata, portanto, de separar real

e ideal, em que o dogmatismo ideal do dever-ser se dissociasse da realidade em que deveria ser aplicado.

Ademais, verifica-se coesa a teoria de sopesamento de Alexy em razão de ela própria trazer balizas para sua realização. São os seguintes os critérios que o próprio sopesamento impõe: a proporcionalidade e suas três máximas parciais, quais sejam, a adequação e necessidade, que exigem que, dentre dois meios, a escolha seja pelo que intervenha de modo menos intenso, vedando sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais, e que expressam a proporcionalidade em relação às possibilidades fáticas; e proporcionalidade em sentido estrito que, em relação às possibilidades jurídicas, expressa nada mais do que a “lei do sopesamento”, segundo a qual, quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá de ser a importância da satisfação do princípio colidente. Vale dizer, deve-se avaliar se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a não-satisfação ou a afetação do princípio fundamental. (ALEXY, 2006, p. 593-594).

Nítida, portanto, é a conclusão no sentido de que é possível, por meio de sopesamento, elaborar juízos racionais a respeito da precedência dada a um princípio sobre outro e, a partir dessa análise, formar regras que decidirão o caso concreto.

2.3. Direitos subjetivos

Em que pese a distinção entre direitos *prima facie* e definitivos auxiliar a encontrar o caminho para a determinação do grau de efetividade que terá o direito fundamental em cada caso concreto, não é, porém, suficiente para sustentar sua sindicabilidade judicial, pois há que se perquirir a constituição de direito subjetivo ao seu titular.

Para a solução do problema de saber quando uma norma jurídica confere direito subjetivo ao seu titular, apenas o procedimento de dedução a partir do material normativo preexistente não é suficiente, tendo em vista que são muito diversas as técnicas de positivação utilizadas na Constituição, sendo necessário o recurso a outras valorações.

Alexy propõe tratar direito subjetivo como posição e como relação entre pessoas ou entre pessoas e ações, elencando níveis de posições que podem decorrer de um direito fundamental: os enunciados de proteção para o direito (“a pode alegar a violação de seu direito a G por meio de uma demanda judicial”) e os enunciados de direito (“a tem um direito a G”). (ALEXY, 2008, p. 187, grifo do autor).

Os enunciados de proteção e de direito expressam posições jurídicas, e o de proteção também expressa a capacidade jurídica.

Se o positivismo jurídico, de matriz kelseniana, entende que só há direito subjetivo se houver uma capacidade jurídica para exigir-lo, disso não se pode depreender que o enunciado de direito seja supérfluo e não tenha alguma eficácia. A tal raciocínio contrapõe-se Alexy, para quem a resposta a uma simples pergunta torna claro o

equivoco positivista:

[...] a um ordenamento jurídico pertence somente aquilo que é passível de ser exigido judicialmente, ou podem a ele pertencer também posições que não sejam exigíveis judicialmente, seja porque o papel que elas desempenham no ordenamento é incompatível com essa exigibilidade, seja porque essa exigibilidade não é reconhecida, mesmo que possa ser exigida a partir da perspectiva do ordenamento jurídico? [...] A resposta a essa pergunta depende de se saber se o conceito de norma jurídica válida implica que aquilo que por ela é ordenado pode ser exigido por meio de atos de coerção previstos no sistema jurídico. O fato de que isso seja verdadeiro para a maioria das normas jurídicas válidas não justifica a conclusão de que isso decorre do conceito de norma jurídica válida. Também da necessária existência, em todo ordenamento jurídico, de normas garantidas por sanções estatais não resulta que todas as normas jurídicas, em todos os ordenamentos jurídicos, sejam assim garantidas. (ALEXY, 2008, p. 190).

A partir de seu entendimento sobre direitos subjetivos como posições jurídicas, e apropriando-se da Teoria dos *status* de Jellinek (e sua quádrupla divisão entre *status* passivo, negativo, positivo e ativo), Alexy propõe uma tríplice divisão das posições que podem ser designadas como direitos:

Sob a denominação '1. Direitos a algo', aborda a pretensão que se dirige contra alguém, e o objeto é um fazer ou uma abstenção, e que comportam nova divisão em '1.1.1 direitos a ações negativas', como direitos de defesa; e '1.1.2 direitos a ações positivas', como direitos à ação positiva fática e direito a ação positiva normativa de criação de normas. (ALEXY, 2008, p. 193-203).

Também as "2. Liberdades" – que são classicamente relacionadas a um conceito negativo, como em Hobbes que as entende como ausência de obstáculos (LEVIATÃ *apud* MORRIS, 2002, p. 118) – Alexy insiste na necessidade de diferenciar se o objeto da liberdade é alternativo de ação ou se é somente uma ação. O autor expõe que se, para Spinoza, Hegel e Kant – com seu imperativo categórico – há uma só ação, que é necessária ou razoável – a ação correta –, entende Alexy que o que interessa ao direito é a liberdade jurídica, e esta ocorre quando ao titular não sejam vedadas alternativas de ação, o que consistiria em um aspecto negativo de seu conceito negativo. Liberdade jurídica tem, portanto, por objeto a alternativa de ação (ALEXY, 2008, p. 222) e, assim, a partir dessa posição, especialmente de sua vertente de liberdade fática, também possibilita que esta enseje um direito subjetivo a prestações positivas. Assim:

Se a transformação da situação de não-liberdade econômica em uma situação de liberdade econômica tiver de ocorrer de uma forma juridicamente garantida pelo Estado, então, a

ele pode ser concedido um direito a uma prestação em face do Estado, ou seja, um direito a uma ação estatal *positiva*. (ALEXY, 2008, p. 223).

[...]

Em relação a uma alternativa de ação juridicamente livre, a é faticamente livre na medida em que tem a possibilidade real de fazer ou deixar de fazer aquilo que é permitido. (ALEXY, 2008, p. 226).

A liberdade fática é a possibilidade real de fazer aquilo que lhe é garantido constitucionalmente, pelo que não se pode restringir a liberdade a seu âmbito meramente jurídico, da ausência de impedimentos jurídicos, mas devem-se garantir condições fáticas e materiais ao titular para que ele possa efetivamente ser livre para escolher e agir. Nesse sentido, é que se sustenta que a posição jurídica liberdade deve ensejar um direito subjetivo ao titular, inclusive oponível ao Estado.

Por fim, sob a denominação “3. Competências”, que podem ser conceituadas como poder de alterar situação jurídica, seja criando normas individuais ou gerais, seja alterando diretamente a situação jurídica, entende Alexy (2008, p. 245) pela existência de um direito fundamental *prima facie* a uma competência, como direito à não-eliminação de uma posição, a qual denomina teoria da garantia de institutos (ALEXY, 2008, p. 245), em que há proibição ao legislador de eliminação ou alteração substancial de determinados institutos jurídicos de direito privado, e à qual (garantia) pode corresponder proteção meramente objetiva, mas também pode constituir direito subjetivo: “Se à proibição correspondem direitos dos cidadãos, então, a proteção é (também) subjetiva [...]” (ALEXY, 2008, p. 246). Também com relação às competências do Estado, os direitos fundamentais atuam como normas negativas, restringindo as competências positivas do Estado e colocando o cidadão em posição de não-sujeição, significando a proibição ao Estado de agir no âmbito de sua não-competência. (ALEXY, 2008, p. 248).

Verifica-se o acerto de Alexy, na medida em que sua identificação de direitos com posições possibilita racionalmente diferenciar as diversas posições nas quais um direito fundamental pode constituir o cidadão bem como ainda diferenciar se estas posições lhe concederão direito subjetivo e, conseqüentemente, uma pretensão passível de dedução perante o Judiciário. Isso porque considera que de um *status* podem decorrer direitos públicos subjetivos.

A diversidade de posições é possível, tendo em vista que o direito fundamental deve ser considerado por completo, não somente como a posição individual mas também como um feixe de posições de direitos fundamentais, em que cada uma das posições é reconhecida pela norma de direito fundamental. Assim, de um direito fundamental completo, podem decorrer três posições diferentes, que terão natureza *prima facie* ou definitiva, sendo uma liberdade jurídica para realizar atos; um direito a que o Estado não os embarace; ou mesmo um direito à ação positiva que proteja os atos.

Importa que Alexy (2008, p. 253, grifo do autor) firma posição no sentido da sindicabilidade do direito subjetivo:

O direito fundamental completo é algo bastante complexo, mas em hipótese alguma um objeto inescrutável. Ele é composto de elementos de estrutura bem definida – das posições individuais dos cidadãos e do Estado –, e entre essas posições há relações claramente definíveis – as relações de especificação, de meio-fim e de sopesamento.

É exatamente essa arguta observação de Alexy que importa para que não se admita o afastamento da jurisdição, pois contrariaria a dicção do inciso XXXV do art. 5º, que por si só também consiste em um direito fundamental.

2.4. Consequência de uma teoria de princípios – a racionalidade da restrição aos direitos fundamentais

A questão tormentosa da possibilidade e limites da restrição aos direitos fundamentais não foi olvidada por Alexy, que recusa a posição estremada do Jusnaturalismo, a qual se opõe ao conceito de restrição a disposições de direitos fundamentais, entendendo que a definição do direito contida na norma já comporta os limites desse direito, e que todo direito já possui uma restrição imanente, que é o seu limite. (ALEXY, 2008, p. 277).

Diversamente, a Teoria de Princípios de Alexy possibilita a consideração da existência de dois institutos diversos: há o direito em si, concebido sem restrições, e há o direito restringido. A relação entre direito e restrição seria externa ao direito em si, surgindo esta relação da exigência de conciliar os direitos de diversos indivíduos, direitos e interesses coletivos. Isso porque, “[...] nos termos da teoria dos princípios, que aquilo que é restringido não são as posições definitivas, mas posições *prima facie*.” (ALEXY, 2008, p. 280). Assim, seria correto e racional falar em restrições a direitos fundamentais.

Verifica-se que a racionalidade da construção de restrições se pode observar em Alexy, pois também as conceitua (as restrições) como normas (ALEXY, 2008, p. 281) que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental. Em assim sendo, também as restrições podem assumir natureza de regra ou de princípio e, portanto, de restrição definitiva ou *prima facie* (p. 282).

Alexy (2008) explicita que, neste último caso, em que também a restrição se revela por uma norma *prima facie* (com natureza de princípio) – como exemplo de restrições *prima facie* são os direitos fundamentais de terceiros ou outros princípios de hierarquia constitucional – poderá ainda assim haver restrição definitiva a direito fundamental, através da regra que seja resultado da lei de colisão. Portanto, um princípio pode ser uma restrição a um direito fundamental, se do princípio surgir uma regra (definitiva):

Um princípio é uma restrição a um direito fundamental se há casos em que ele é uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo. (ALEXY, 2008, p. 285).

Admite Alexy (2008, p. 294) também que a racionalidade da teoria de princípios, aplicada às restrições, possibilita o reconhecimento da restrição a um direito fundamental, ainda que tal restrição tenha apenas indireta hierarquia constitucional. Tal possibilidade deverá considerar, porém, a hierarquia constitucional de que são dotados os direitos fundamentais. Portanto, a restrição ou é norma de hierarquia também constitucional (seja escrita ou não-escrita, como os direitos fundamentais de terceiros ou outros valores jurídicos de hierarquia constitucional), ou é norma infraconstitucional cuja criação é autorizada por norma constitucional. Admite que haja, portanto, restrições indiretamente constitucionais, que consistem nas cláusulas de reserva de lei, expressas ou implícitas, que conferem poder ao legislador para estabelecer restrições, as quais são, porém, limitadas formalmente quanto à competência e procedimento, e materialmente quanto ao conteúdo essencial e pela necessidade de sopesamento.

Constata-se que a teoria de Alexy tem sido recepcionada no Direito pátrio, especialmente no que tange à garantia do conteúdo essencial do direito fundamental como restrição às próprias restrições. Logicamente, se da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais decorre a restringibilidade destes direitos, também dos princípios decorrem limites às próprias restrições. Tem-se que os direitos fundamentais são restrições à sua própria restrição, se resultarem os direitos como o mais importante no sopesamento, e tal garantia protege contra o esvaziamento do direito, seja enquanto posição individual seja enquanto garantia geral.

Alexy (2008, p. 296) leciona que, no direito constitucional alemão, há restrição expressa no art. 19, parágrafo 2º, que proíbe a afetação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, e disserta sobre os entendimentos doutrinários em seu país quanto à natureza relativa ou absoluta desse limite. Assim é que há quem entenda que o limite do conteúdo essencial é relativo, confundindo-se com a proporcionalidade e, portanto, se uma restrição respeita a proporcionalidade, ela não viola o conteúdo essencial, ainda que no caso concreto nada reste do direito fundamental. Porém, em outro extremo, entendem que é limite absoluto, havendo em cada direito fundamental um núcleo no qual não é possível intervir nunca, mesmo por meio do sopesamento, sendo denominado este núcleo como “última área intocável” referida pelo Tribunal Constitucional Federal (ALEXY, 2008, p. 298). Alexy sustenta, porém, a natureza relativa do limite, não considerando possível a existência de um núcleo inviolável que independa de sopesamento. Será protegido este núcleo apenas se tiver maior valor no sopesamento.

Este estudo se posiciona pela limitação absoluta a restrições, que constitui o conteúdo essencial de seu núcleo, sob pena de violação da Constituição. Com fulcro em tal racionalização das restrições é que se entende que, no esteio da lição de Alexy, se possa sustentar que as reservas legais constitucionais que dão competência ao legislador para estabelecer restrições aos direitos fundamentais, exatamente por constituírem normas de competência, não restringem imediatamente os direitos fundamentais:

Esse tipo de normas de competência não *restringem* direitos fundamentais, apenas fundamentam sua *restringibilidade*. Por isso, as reservas legais não são, enquanto tais, restrições; elas apenas fundamentam a *possibilidade jurídica* das restrições. Isso pode ser claramente percebido na possibilidade de haver uma competência para estabelecer restrições sem que dela se faça uso. [...] O caráter restritivo da norma de competência é apenas potencial e indireto, e se baseia na natureza restritiva de suas normas que podem ser criadas em razão da competência. (ALEXY, 2008, p. 282, grifo do autor).

Tal construção importa na solução de casos concretos que têm impactos sobre direitos fundamentais importantes e sobre posições jurídicas não somente individuais mas também sobre direitos coletivos e difusos.

Isso porque não se pode aceitar o raciocínio de que a omissão legislativa quanto à regulamentação de um direito fundamental impediria a fruição deste direito, pois incorre no erro de não vislumbrar que o direito já foi garantido, havendo tão somente a possibilidade de sua restrição, como competência legislativa que pode ou não ser exercida.

Assim é que, mesmo no Estado de Minas Gerais, não tendo o legislador feito uso da competência para restringir o direito, a falta de regulamentação da gratuidade do transporte intermunicipal para pessoas idosas levou a entendimento judicial de impossibilidade de fruição desse direito.

Por fim, a teoria de princípios ainda contribui para a clareza na definição dos requisitos para um direito *prima facie* se tornar definitivo. Isso porque o suporte fático dos direitos fundamentais, vale dizer, os pressupostos materiais para a ocorrência da consequência jurídica, tem também natureza *prima facie*.

Não é diferente do que ocorre com o âmbito de proteção da norma, isto é, do que é *prima facie* proibido pelo direito fundamental, que também tem natureza *prima facie*. Assim sendo, a decisão sobre se algo é proibido, ou não, pelos direitos fundamentais deve ser tomada com recurso direto aos princípios envolvidos.

A racionalidade dos requisitos para a definitividade das consequências jurídicas de uma norma de direito fundamental é assim exposta por Alexy: para produzir a consequência jurídica definitiva, é necessário que seja preenchido o suporte fático,

isto é, que estejam presentes pressupostos materiais, combinado com o fato e não ser preenchida a cláusula de restrição. Somente nessas condições é que se pode falar em consequências jurídicas definitivas de uma norma de direito material. Por outro lado, há três hipóteses em que não se sustenta definitivamente a consequência jurídica que *prima facie* era depreendida da norma: 1. se preenchido o suporte fático, porém também preenchida a restrição; 2. se não preenchido o suporte fático e não preenchida a restrição; 3. se não preenchido o suporte fático e, ainda, preenchida a restrição (ALEXY, 2008, p. 308).

Nesse sentido, adota Alexy uma concepção ampla de suporte fático, que inclui no âmbito de proteção de um direito todo aquilo que milite em favor da proteção, aceitando-se a tipicidade de toda razão em favor da proteção do direito.

Contrariamente aos dois extremos posicionamentos que teorizam a Constituição como moldura do Direito – a moldura formal, puramente procedimental, que não admite que a Constituição contenha limites substanciais, mas tão somente restrições de competência, procedimento e forma ao legislador, porque tal teoria nega vinculação substancial à Constituição; e a moldura material que enxerga a Constituição como contendo deveres e proibições para todas as decisões legislativas imagináveis (ALEXY, 2008, p. 580-581) – Alexy sustenta uma teoria material-procedimental, na qual a Constituição, a par de estabelecer para o legislador o constitucionalmente necessário (deveres) e o constitucionalmente impossível (proibições), também estabelece o constitucionalmente possível (p. 583). É o que se poderia chamar de faculdades discricionárias.

Neste momento, faz-se necessário que uma observação seja feita sobre o que entende Alexy por discricionariedade, que conclui não deva ser tomada no sentido corrente pela doutrina administrativista de zona de livre escolha.

Consoante exposto, a teoria de Alexy toma por otimização um comando para a máxima realização do direito. Portanto, trata-se da realização não no nível do ideal, e sim do real, limitado que é pelas possibilidades jurídicas e fáticas que a realidade apresenta e, ainda, de acordo com a máxima da proporcionalidade (ALEXY, 2008, p. 588).

Assim, admite Alexy o que denomina por “discricionariedade epistêmica”, como resultante da insegurança de premissas empíricas (em que há incerteza sobre a cognição de um fato relevante), que deve ser, porém, contrastada com a observância do princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado, chamado princípio procedimental (ALEXY, 2008, p. 615), no sopesamento para decisões relevantes para a sociedade. É a velha relação de tensão entre direitos fundamentais e democracia: se se admitir precedência absoluta, e em todos os casos, ao princípio material de direito fundamental sobre o princípio procedimental, gera-se incapacidade total do legislador; por outro lado, se se admitir precedência absoluta ao princípio procedimental, a discricionariedade do legislador seria infensa ao controle da jurisdição.

Assim sendo, a solução proposta por Alexy (2008, p. 617) para a discricionariedade é a segunda lei de colisão:

[...] que a certeza das premissas empíricas que fundamentam a intervenção seja tão maior quanto mais intensa for esta intervenção [...] Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia.

Também admite Alexy o que denomina por “discricionariedade normativa”, decorrente da incerteza na cognição daquilo que é obrigatório, proibido ou facultativo ao legislador, em virtude dos direitos fundamentais. Há incerteza quanto à melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo, reconhecendo ao legislador opção de decisão por meio de sua própria valoração, citando o Tribunal Constitucional Federal: “[...] avaliação do complexo de interesses, ou seja, a quantificação dos interesses contrapostos e a determinação da necessidade de sua proteção”. (ALEXY, 2008, p. 621).

Porém é criterioso Alexy (2008, p. 622) ao asseverar que só poderá haver discricionariedade normativa se os princípios materiais de direitos fundamentais colidentes tiverem o mesmo peso e, em sendo a relação entre eles neutra, não se pode afastar a discricionariedade que decorrerá do princípio procedimental de competência decisória do legislador democraticamente legitimado.

Portanto, contrariamente a uma visão procedimentalista, Alexy entende que, para que a discricionariedade, que também sopesa o princípio procedimental, não viole a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, não se pode ignorar que o princípio da competência decisória do legislador, considerado em si mesmo, não é suficiente para superar um princípio material de direito fundamental. Assim, formula a lei da conexão, segundo a qual princípios formais somente podem superar princípios materiais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais (ALEXY, 2008, p. 625). Portanto, a discricionariedade cognitiva somente surge se os pesos dos princípios colidentes são incertos. Assim que a incerteza desaparece, também desaparecem os princípios formais.

Conclui-se que, apenas no caso em que o sopesamento não seja capaz de apontar qual dos princípios colidentes deve prevalecer, o princípio formal da competência legislativa concederá discricionariedade ao legislador para optar entre eles.

Alexy finaliza sua teoria dos direitos fundamentais com uma última construção, em que demonstra conhecimento quanto à controvérsia que sua proposta de sopesamento causa, mas que reforça a necessidade da normatividade e vinculação dos direitos fundamentais:

Embora a divergência permaneça no princípio material de direito fundamental como um espinho, esse espinho é um tributo

que o ideal dos direitos fundamentais tem necessariamente que pagar em razão do ganho dificilmente superestimável decorrente de sua institucionalização no mundo tal como ele é. (ALEXY, 2008, p. 627).

3. Refutação às críticas feitas ao sopesamento

O próprio Alexy não desconsidera as críticas que são dirigidas à sua teoria de direitos fundamentais, especialmente àquelas que lhe imputam uma excessividade da proteção constitucional; uma não-seriedade quanto à vinculação ao texto constitucional; e desonestidade por eliminar pelas restrições aquilo que anteriormente havia protegido pelo suporte fático, segundo Marx citado por Alexy (2008, p. 235, grifo do autor) que, em seu relato sobre a Constituição da República Francesa, classificou como “[...] um ardil a promessa de liberdade total e a garantia dos mais belos princípios se se deixa a sua aplicação, os *detalhes*, para decisão da ‘legislação posterior’”.

Porém rebate-as ao argumento de que sua suposta não-vinculação à Constituição, por admitir restrições, não é mais grave do que a não-vinculação à Constituição pelas teorias que mais restringem o âmbito do suporte fático e, portanto, restringem o direito fundamental *prima facie*, por considerar que dele devem fazer parte apenas as modalidades “materialmente específicas” de exercício de direitos fundamentais, de acordo com o critério de ser “não-intercambiável” (ALEXY, 2008, p. 311-312) com outro exercício equivalente. Assim, se o modo de exercício de um direito for intercambiável com outro modo, ele não será específico do direito fundamental, mas sim será apenas uma “circunstância acidental casualmente associada” a um direito fundamental.

A correta avaliação de Alexy dá-se no sentido de que o critério da não-intercambialidade é insuficiente, vale dizer, o fato de que determinado exercício de um direito seja o único possível (e não cambiável por outro modo de exercício deste mesmo direito) não é o bastante para garantir o núcleo deste direito fundamental, pois quase sempre há intercambialidade com um novo lugar, data ou modo para o exercício de um direito e, portanto, não haveria nenhum o modo de exercício do direito que pudesse ser preservado. Por isso insiste Alexy em que o melhor critério é o sopesamento, através da cláusula de restrição.

Também Alexy (2008, p. 325) refuta imputação de desonestidade atacando que a verdadeira honestidade é a de que a não-garantia de um direito fundamental seja fundamentada na existência de direitos fundamentais de outros ou interesses coletivos constitucionalmente protegidos. Entendo que o que defende o autor é uma expansão da proteção *prima facie*, e não a proteção definitiva, pelo que o aumento no quantitativo de concorrência de direitos não é negativo, na medida em que é positivo que, em um determinado caso, todos os pontos de vista relevantes devem ser considerados.

Ademais, a desonestidade que se imputa à teoria de Alexy, entendendo deva ser mesmo imputada a teorias que admitem apenas uma efetividade formal aos direitos fundamentais e que fazem exercícios teóricos para recusar eficácia *in concreto*, como brilhantemente previu Grau:

Desídia do Executivo e do Legislativo, no entanto, associadas à fragilidade e subserviência do Judiciário poderão então, no futuro, dar lugar à conclusão de que o novo texto constitucional não foi produzido senão para propiciar avanços nominais, que terá prosperado apenas para restaurar a ideologia jurídica entre nós.

[...]

‘Não tinha mais como recusar, o Poder Judiciário, *efetividade jurídica ou formal* aos direitos a que nos referimos; por isso lhe era esta (*efetividade formal*) conferida; mas lhes era recusada efetividade material e, por isso mesmo – porque lhes era negada esta última – resultaram eles dotados de *eficácia*; pois é certo que alguns deles foram institucionalizados exclusivamente para que não viessem a ser realizado’. (GRAU, 2006, p. 333).

Assim, a contribuição de Alexy é o reforço da normatividade dos direitos fundamentais, levando em consideração a idéia de que, independentemente de formulação mais ou menos precisa, têm eles natureza de princípios e são mandamentos de otimização.

Por tal motivo é que o que se verifica plausível de crítica seria não exatamente uma impropriedade da teoria de Alexy, mas o seu eventual desvirtuamento, que enseje desmerecimento da importância das regras, com a consequência de não-vinculatividade aos direitos positivados.

Tal desvirtuamento da teoria de Alexy seria a confusão com a jurisprudência de valores, em que a cognição desses valores se daria pela intuição.

O filósofo italiano Nicola (ABBAGNANO, 2003, p. 989), em seu dicionário, explica os valores como tendo um ser em si, independente das opiniões do sujeito e que constituem autênticos objetos. Por seu turno, a intuição sentimental dos valores é um ato de escolha preferencial que segue a hierarquia objetiva dos valores. Utilizando-se do conceito de valor do filósofo, desvincula-se o valor do subjetivismo, portanto, afastando o decisionismo judicial e interpretativo e o risco a que se expõe a efetiva aplicação dos direitos fundamentais a uma escolha de preferência pessoal do aplicador do Direito.

A crítica formulada por Habermas, quanto ao risco que o sopesamento cria por utilizar-se de supostos juízos irracionais, arbitrários, e por não possuir parâmetros racionais, é afastada por esse conceito de valor. Ademais, a interpretação de Galuppo (1999, p. 191-209, nota 19) ressalva que, ao fazer crítica à concepção axiológica, não quer dizer que normas não contenham valores, mas que o caráter vinculante das normas não decorre dos valores que contêm, mas sim do fato mesmo de serem

normas. Admite ainda Galuppo, com suporte em Günther, que princípios podem ser concorrentes, e que, com base nos fatos envolvidos no caso concreto, é possível fazer um princípio concorrente passar para um segundo plano, a fim de solucionar o caso que não permita a compatibilização dos dois princípios concorrentes (nota 24).

Assim, refutando as críticas que recebe, Alexy (2008, p. 146) sustenta que, em sua teoria, os princípios não se confundem com valores, por serem (os princípios) pertencentes à categoria de conceito prático deontológico, reduzido ao conceito básico do dever-ser. Novamente recorrendo-se à filosofia, Abbagnano define como deontológicas as ciências normativas, que indagam como deve ser o ente para ser perfeito e, citando Rosmini, sendo o ápice de tais ciências a ética. (ABBAGNANO, 2003, p. 240).

Conclui-se que os princípios são mandamentos de otimização que pertencem ao âmbito deontológico do dever-ser e, portanto, são normas. A ética é deontológica, preconizando o dever-ser que não é desvinculado da realidade. Os valores, por si sós, fazem parte do nível axiológico, porém o Direito tem em seu conteúdo valores que não podem ser desprezados.

Fazendo tal diferenciação, Alexy (2008, p. 161) consegue provar que o que pode levar a uma tirania de valores não é a lógica dos valores, mas sim uma concepção equivocada que se esquece de que “O conceito de princípio inclui referência àquilo que o princípio contraposto exige”.

Por tal motivo, ainda que seja impossível ordenação de valores rígida e apriorística, é possível uma ordenação concreta, por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências extraídas pelo julgador através do sopesamento – decisões estas que formam a jurisprudência. Por fim, há que se ressaltar que não há uma derrocada da dedução pelo sopesamento. Ambos os critérios hermenêuticos são compatibilizados para o encontro da solução para o caso concreto.

Também um suposto caráter não-racional é argumento que se costuma levantar contra a proposta de sopesamento, porque que os princípios não trariam a disciplina de sua própria aplicação. Ocorre que Alexy (2008, p. 165) atenta para tal risco de um modelo decisionista, mas o difere daquele que propõe, que é um modelo que denomina “fundamentado”, em que o sopesamento é racional quando a norma eleita como de preferência possa ser fundamentada de forma racional.

É possível fazer um paralelo entre o modelo proposto por Alexy e o sistema adotado no Direito pátrio de avaliação da prova: o sistema da persuasão racional, contra o qual não é feita a objeção de decisionismo. A doutrina majoritária pátria, sem embargo de outros posicionamentos divergentes, não objeta à valoração de provas e ao sistema da apreciação racional, em razão de que a fundamentação racional feita pelo juiz é que sustenta uma valoração das provas, e na qual não é levada em consideração a idiosincrasia, mas sim argumentos racionais. Nesse sentido, a lição de Silva (2000,

p. 305): “[...] o dever de fundamentar a sentença, indicando os elementos de prova de que se valeu para formar sua convicção, é uma garantia contra o arbítrio que o sistema do livre convencimento poderia gerar”.

E, mesmo no âmbito da interpretação tradicional do Direito, é frequente a realização de sopesamentos, assim como quando é necessário fixar o âmbito de conceitos jurídicos indeterminados, necessidade esta que pode dar-se mesmo em lides fundadas em direito privado, e às quais a doutrina majoritária não costuma opor-se com o argumento de decisionismo, também sem embargo de posicionamentos divergentes. Assim é que quando se refere à lei à função social da propriedade, como contemporaneamente se condiciona o exercício do direito de propriedade, é mister que o aplicador do Direito sopesa e racionalmente fundamente os limites desta função social, vale dizer, estabeleça se determinado exercício concreto do direito de propriedade efetivamente cumpre tal função ou não.

Consoante demonstrado na explanação sobre sua teoria de sopesamento, entende-se que Alexy formula uma sistematização coesa, racional e segura, pois que ela própria traz balizas para a operação do sopesamento. Assim é que os critérios da proporcionalidade, incluindo suas acepções de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, nitidamente possibilitam, por meio de sopesamento, elaborar juízos racionais sobre a precedência de um princípio sobre o outro.

Conclui-se que é possível elaborar juízos racionais sobre intensidade de intervenções e graus de importância de princípios.

Assim, foram sintetizadas as principais objeções que se costuma fazer ao sopesamento, sem olvidar críticas fundadas em hipotética violação de separação de poderes e ativismo judicial, que devem ser a seguir analisadas.

4. Inafastabilidade do controle jurisdicional

A despeito da clareza textual do dispositivo contido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, um dos argumentos que tem sido desvirtuado para fundamentar a impossibilidade de controle jurisdicional de direitos fundamentais e implementação ou aperfeiçoamento de políticas públicas que os efetive através de ordens judiciais é o princípio da separação de poderes.

É de interesse a transcrição do pensamento do liberal Ruy Barbosa, *in* Tribuna Parlamentar – República III, p. 61, em que magistralmente concebe a separação de poderes como garantia de harmonia e contrapeso:

Sob o título de garantias constitucionais compreende a ciência, por outro lado, com a mesma justeza de linguagem, a organização dos poderes públicos graças à combinação que os divide, que os harmoniza, que os contrapesa; uns aos outros

se limitam, se moderam, se coíbem no seio da ordem jurídica, tranqüilizando, mediante esta ação recíproca, os cidadãos contra os arbítrios, os excessos, os crimes da autoridade [...]. Garantias constitucionais vêm a ser, por conseguinte, acima de tudo, as providências que na Constituição se destinam a manter os poderes públicos no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalançado e simultâneo das suas prerrogativas. Dizemos então garantias constitucionais no mesmo sentido em que os ingleses falam nos freios e contrapesos da Constituição. (BONAVIDES, 2004, p. 639-640).

Verifica-se que a lição de Barbosa se dá no sentido de que o princípio da separação de poderes é, ele próprio, uma garantia de limites dos poderes públicos, para que não extrapolem ou não se omitam em suas funções. Caso contrário, se vigente pretensão independência absoluta, dela decorriam poderes também absolutos para cada uma destas funções estatais.

Bonavides (2004, p. 640) ainda cita o publicista italiano Arangio Ruiz, *in Delle Garantiegie Costituzionali*, v. I/XI:

A verdadeira garantia constitucional está na própria organização dos poderes públicos, gizada de tal sorte, pela Constituição e pelas leis, que cada um deles encontre na sua ação freios capazes de detê-lo, de constrangê-lo a permanecer na ordem jurídica, segundo os casos, de moderá-lo, de eliminá-lo, de proteger o cidadão contra os arbítrios, as precipitações, os abusos e reparar-lhe os agravos sofridos [...] esta é a verdadeira liberdade, a verdadeira garantia.

Ora, se a decisão política, que, por sua fundamentalidade, fez-se constar na Constituição, deve vincular todos os poderes estatais, a nenhum deles é conferido poder absoluto, a ponto de desprezar aqueles direitos constitucionalizados.

Novamente ressalta-se que a maior contribuição da teoria de princípios e de sopesamento de Alexy é a de reforçar a normatividade dos direitos fundamentais, e a força vinculante da Constituição, com efeitos irradiados para todo o sistema. Assim, devido à natureza predominantemente principiológica dos direitos fundamentais, o sistema é determinado substancialmente pela Constituição – que não estabelece meros limites formais de procedimento ou legitimação procedimental – porém dependente de sopesamento, o qual não leva sempre a uma única solução correta, pois o sopesamento é um procedimento aberto, conduzindo a um sistema jurídico aberto. Claramente é aberto o sistema que contém e se funda em conceitos materiais básicos de dignidade, liberdade e igualdade e, irradiando os direitos fundamentais para todos os âmbitos do sistema jurídico, também irradia a idéia de justiça.

Assim, o problema do equilíbrio entre a competência da jurisdição e a competência do legislador solve-se, pois a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê garantia da jurisdição, além do que um princípio procedimental

não é condição suficiente para sobrepor-se a um princípio substancial (consoante já exposto na alínea 5.5).

O princípio da separação dos poderes, que é melhor sintetizado na expressão interdependência de poderes, não é aviltado pela simples existência de direitos que vinculam o legislador. Se assim não fosse, o próprio princípio democrático correria o risco de submeter-se ao poder absoluto do legislador dotado de mero poder constituído.

A preocupação com a eliminação de uma liberdade de conformação política do legislador conferida pelo Estado Democrático, que exige participação significativa do Legislativo na elaboração e aperfeiçoamento da ordem jurídica justifica-se apenas na medida em que significasse esvaziamento da função legislativa, o que é refutado por Alexy (2008, p. 546):

O simples fato de um tribunal constitucional agir no âmbito da legislação se constata, por razões ligadas aos direitos fundamentais, um não-cumprimento de um dever ou uma violação de competência por parte do legislador não justifica uma objeção de uma transferência inconstitucional das competências do legislador para o tribunal. Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional (também) para garantir esses direitos, então, a atividade do tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos não é uma usurpação inconstitucional de competências legislativas, mas algo que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição.

Isso significa que não está em discussão se o tribunal constitucional tem competências de controle no âmbito da legislação, mas apenas qual é a sua extensão.

Portanto, inafastável é o controle jurisdicional, pois sua possibilidade nem sequer pode ser discutida. Há, porém, critérios para sua extensão, os quais Alexy (2008, p. 547) classifica em: critérios materiais (importância dos bens jurídicos em jogo); de competência (características dos tomadores de decisão, isto é, legitimação mais democrática e maior capacidade de avaliar situações fáticas do legislador *versus* maior grau de imparcialidade e menor sujeição a pressões momentâneas do tribunal) e epistemológicos (argumentos favoráveis ou contrários à possibilidade de fundamentação racional de decisões no âmbito dos direitos fundamentais).

A solução proposta por Alexy (2008, p. 547) está em considerar os três níveis de argumentos e a primazia dos níveis material e epistemológico sobre o nível de competência, pois “[...] sempre que se pode fundamentar, com suficiente clareza, a existência de um direito subjetivo do indivíduo contra o Estado, as razões contrárias a uma competência de controle do tribunal têm que ceder [...]”.

Ademais, em análise específica dos direitos sociais, Alexy não deixa de abordar a sua cumplicidade:

Em geral, pode-se dizer: a existência de um direito não pode depender exclusivamente de sua justiciabilidade, não importa como ela seja definida; pelo contrário, se um direito existe, ele é justificável. O fato de os direitos fundamentais sociais dependerem de uma configuração infraconstitucional não é uma objeção decisiva, pois também competências e procedimentos dependem desse tipo de regulação. O mesmo vale para outros tipos de direitos fundamentais. Razões processuais também não são capazes de sustentar a tese da não-justiciabilidade. Como demonstra a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, um tribunal constitucional não é, de modo algum, impotente em face de um legislador omissor. O espectro de suas possibilidades processuais-constitucionais vai desde a simples constatação de uma inconstitucionalidade, passando pelo estabelecimento de um prazo dentro do qual deve ocorrer uma legislação compatível com a Constituição, até a determinação judicial direta daquilo que é obrigatório em virtude da Constituição. (ALEXY, 2008, p. 514).

Essa linha de raciocínio também segue a doutrina pátria, tendo Barroso (2009a, p. 133) sustentado que, “[...] embora sua escolha não se dê por via eletiva – e parece bem que seja assim –, também os juízes exercem um poder representativo [...]”, e isto “[...] não compromete a legitimidade do regime democrático que uma parcela do poder público, pela natureza de sua destinação, seja atribuída a cidadãos escolhidos por outros critérios, que não o sufrágio político [...]”. Assim é que Barroso lista como imprescindíveis dois institutos jurídicos fundamentais, que também o são para a garantia da própria democracia:

[...] o direito à tutela jurisdicional e o devido processo legal. Através da função jurisdicional, o Estado submete à imperatividade do Direito as condutas que dele discrepam, formulando e fazendo atuar praticamente a regra jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação. (BARROSO, 2009a, p. 135).

Conclui Barroso que, mesmo na reduzida esfera de cunho estritamente político, em que há conveniência e oportunidade e não haveria sanção acionável, “[...] nem por isso haverá margem para o arbítrio, pois é justamente em questões dessa natureza que avulta o controle recíproco entre os Poderes do Estado, dentro do sistema de freios e contrapesos [...]”. (BARROSO, 2009a, p. 85).

Salgado também aborda a preocupação com o argumento de usurpação de competência legislativa, porém o recusa ao fundamento de que:

[...] o poder constituído (Legislativo, Executivo e Judiciário) não pode obstaculizar a vontade maior do constituinte, por ação

restritiva dos direitos declarados ou omissão. Se não pode restringir, não há que esperar o Judiciário lei complementar que regulamente o exercício dos direitos fundamentais. A lei complementar tem natureza, no caso dos direitos fundamentais, meramente explicitadora ou orientadora, dado que restringi-los não pode. Quanto à omissão, ela não pode ocorrer no âmbito dos direitos fundamentais, pois que independem de qualquer ação dos poderes constituídos. O mandado de injunção deve aparecer, portanto, como instrumento supletivo para a garantia da plena eficácia dos direitos fundamentais. [...] Nesse caso, não poderia o tribunal proferir decisão mandamental ao órgão legislativo, nem substituí-lo na emissão de uma norma geral, o que seria interferência política no outro poder (uma ordem dirigida não ao órgão, mas ao parlamentar, se prevista sanção na constituição, traria também implicações políticas); entretanto, pode o tribunal, pois está na esfera de sua competência, preencher a lacuna existente, se necessário, criando norma de decisão para o caso concreto. (SALGADO, 2001, p. 259-260).

A processualista Grinover, em artigo em que sustenta a possibilidade de o Poder Judiciário controlar políticas públicas, sem olvidar os seus limites, teoriza que tal não ofende o princípio da separação dos Poderes estatais, para o que cita Oswaldo Canela Júnior:

Afirma o autor, com toda razão, que as formas de expressão do poder estatal são, por isso mesmo, meros instrumentos para a consecução dos fins do Estado, não podendo ser consideradas por si só. O primeiro dogma do Estado liberal a ser quebrado foi o da atividade legislativa, como sendo a preponderante sobre os demais poderes. E, acrescente-se: o segundo dogma foi o da atividade jurisdicional prestada por um juiz que represente apenas *la bouche de la loi*.

Continua Oswaldo Canela Junior:

'E assim a teoria da separação dos poderes (art. 2º da CF/88) muda de feição, passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é seu poder. Exerce ele seu poder por meio de formas de expressão (ou Poderes). Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição. No exercício de tais funções é vedado às formas de expressão do poder estatal interferência recíproca: é este o sentido da independência dos poderes'.

Mas os poderes, além de independentes, devem também ser *harmônicos* entre si. Logo, os três poderes devem harmonizar-se para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados. Por isso, ainda segundo Oswaldo Canela Junior, '*cabe ao Poder Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição (art. 3º da CF/88)*'. (GRINOVER, 2008, p. 12, grifo nosso).

Ao final de sua exposição, Grinover (2008, p. 28) conclui:

[...] a – o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilidade com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, CF/88); b – esse controle não fere o princípio da separação dos Poderes, entendido como vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado;

A intensa pesquisa que foi necessária para o desenvolvimento deste estudo leva à conclusão de que a afastabilidade do controle jurisdicional dos direitos fundamentais, fundada em suposta rejeição da natureza principiológica, levaria a uma limitação por demais restritiva dos direitos fundamentais à clássica função de direitos de defesa, vale dizer, somente se considerando legítima a exigência de abstenções estatais e nunca prestações.

Tal posicionamento, que leva à redução liberal da Constituição, pois considera os direitos fundamentais de defesa tão somente, também não é livre de uma ideologia, *in casu* liberal, certamente mascarada de uma pretensa neutralidade que não existe. Assim, ainda que se reconheça que a ideologia nunca pode ser completamente afastada, ocultá-la será ainda mais pernicioso.

5. Judicialização da política pública

A crítica mais contundente que se costuma dirigir à constitucionalização e à jurisdicionalização do controle dos direitos fundamentais é a de constituir um ativismo judicial, ou verdadeiro governo de juizes. Assim, é mister que se estude a maior referência que há sobre ativismo judicial – a experiência norte-americana.

Observa Dworkin (2001, p. 80) que as primeiras manifestações de ativismo da Suprema Corte dos Estados Unidos da América foram de inspiração conservadora, tendo por paradigma o caso *Lochner v. New York* (1905), em que se invalidou lei que estabelecia limites para carga horária de empregados, por influência do liberalismo econômico, momento que é denominado pelo autor como a Era *Lochner*.

Por seu turno, o sociólogo Santos menciona e saúda o progressismo judicial iniciado nos EUA por Earl Warren, que exerceu o cargo de *Chief of Justice* de 1953 a 1969, especialmente em decisões que rejeitaram o racismo em políticas públicas e realçaram a prevalência de direitos civis.

Assim é em *Brown v. Board of Education* (1954), no qual reputou inconstitucional a segregação racial em escolas públicas no Sul dos EUA, por unanimidade, fundada no princípio da igualdade, e refutando a doutrina “separados, mas iguais” até então vigente. (BARACHO, 2006, p. 750).

Em pesquisa no próprio Tribunal americano, podem ser encontradas algumas das decisões emblemáticas, que, sob a presidência de Warren, demonstram o progressismo.³

É oportuno mencionar que não somente a decisão *Brown* citada mas também a sua implementação provocaram controvérsias. Assim, em *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* (1971), a *Supreme Court* manteve a decisão em que, dada a recalcitrância das autoridades administrativas em cumprir a decisão *Brown*, ordenou a implementação de plano de dessegregação elaborado por perito judicial e que envolvia também a modificação do sistema de transporte escolar. O que se observa é que a implementação da decisão *Brown* levou à adoção de política pública por meio da jurisdição, sob o fundamento de reparar inconstitucionalidade, contribuindo para o movimento dos direitos civis norte-americanos.

Em outra decisão emblemática, *Baker v. Carr* (1962), o Tribunal admitiu que a ordenação de distritos eleitorais (e do quantitativo de eleitores que compunha cada um desses distritos) era matéria sujeita à revisão judicial, rechaçando entendimento de que constituiria apenas questão política não-sindicável, uma vez que, em Estados como a Califórnia, a maioria dos senadores poderia ser eleita por menos de 20% do eleitorado, o que contrariava materialmente o princípio democrático. Há que se referir à semelhança com a decisão proferida, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 197.917/2004, em que julgou inconstitucional dispositivo da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela/SP e fixou o número de vereadores aos limites constitucionais, em verdadeiro respeito ao princípio da proporcionalidade. Essa decisão originou a edição da Resolução nº 21.702/2004, em 2 de abril de 2004, pelo Superior Tribunal Eleitoral, que estendeu para todo o País a proporcionalidade das vagas legislativas municipais com seu número de habitantes.

Não se pode olvidar que a experiência judicial nos Estados Unidos diferencia-se enormemente do Direito pátrio, até mesmo pela diversidade das características do sistema consuetudinário anglo-saxão, em contraponto com nossa influência européia. Isso sem contar a filosofia de Estado liberal, que tem refutado qualquer tentativa de socialização, inclusive de direitos.

O ativismo judicial norte-americano também foi objeto de análise por Alexy, especialmente o conceito de *integridade do sistema* proposto por Dworkin (2007, p. 213), segundo o qual a integridade seria garantida por uma única resposta correta para cada um dos casos – a *right answer* –, através da atividade do juiz ideal “Hércules”, que, com habilidade e sabedoria, estaria em situação de encontrar a única resposta correta, da tarefa do juiz real de aproximar-se do ideal.

A análise que Alexy dela faz é correta, especialmente quando expõe que, na realidade, não existe nenhum procedimento que permita, com segurança intersubjetiva, chegar em cada caso a uma única resposta correta. Contudo, compatibiliza tal idéia de

³ Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com>>

única resposta com a possibilidade de encontrar uma resposta correta (ainda que não única). Assim, prescreve que os participantes do discurso devem ter a pretensão de que sua resposta é a única correta, como uma idéia regulativa, no sentido de que, pressupondo que em alguns casos há uma única resposta correta e que não se sabe quais casos são, vale a pena procurar encontrar em cada caso a única resposta correta. Por tal procedimento, a resposta encontrada, com base nas regras e nos princípios, de acordo com os critérios de argumentação jurídica racional, ainda que não seja a única resposta correta, atenderá à exigência de razão prática e será correta. (ALEXY, 1988, p. 151).

Assim, verifica-se que a busca pela solução correta não pode ser abandonada e, considerando a escolha constituinte por um Estado Social, a violação de direitos coletivos deve ser enfrentada pela jurisdição com fundamentos em argumentos de princípios políticos. Se se verifica que a ação administrativa – ou omissão – viola direitos fundamentais de natureza coletiva, a jurisdição deve decidir com recurso aos princípios inseridos na Constituição para estancar essa violação.

A correlação entre norma e realidade, em tensão dialética permanente, não pode ser abandonada sob o argumento de que os fatos políticos e sociais têm primazia absoluta sobre a Constituição jurídica. Dessa forma, interpreta-se a lição de Hesse, para quem se deve reforçar a normatividade da Constituição – e sua potencialidade de conformar a realidade, sem olvidar o mútuo condicionamento entre norma e fato:

As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*).

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar 'a força que reside na natureza das coisas', tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social.

[...]

A política interna afigura-se, em grande medida, 'juridicizada'. [...] O significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais – princípio até então desconhecido –, que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a proferir a última palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida do Estado. (HESSE, 1991, p. 24-28, grifo nosso).

Não se pretende sustentar, com uma visão substancialista do Direito e com o controle e implementação de direitos sociais fundamentais pela jurisdição, um ativismo judicial de conotação política.

No esteio da lição de Santos, que introduz sua pequena, porém valiosa, análise da justiça democrática com o protagonismo judicial, este último não se confunde com

o protagonismo de um tipo político, “[...] antes parte da idéia de que as sociedades assentam no primado do Direito, de que não funcionam eficazmente sem um sistema judicial eficiente, eficaz, justo e independente [...]”. (SANTOS, 2007, p. 15, grifo nosso).

Com tal análise, Santos (2007, p. 23) identifica que há um campo hegemônico do Judiciário, no qual está a maioria das reformas dos sistemas judiciais no mundo (que são quase exclusivamente orientadas pela idéia de rapidez, assim como no Brasil com o “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais ágil e republicano”, que resultou em reformas de legislação de recursos, execução e processos eletrônicos, e preocupação com a agilidade como um fim em si mesmo), que é o sistema de mercado que exige Judiciário forte e eficiente para garantir tão somente a segurança jurídica e o direito de propriedade.

Acrescentaria à análise do autor que, contra esse protagonismo, o qual serve mormente à manutenção do *status quo* dos detentores de poder econômico, não há notícia de nenhuma insurgência.

O que sugere Santos (2007, p. 35) é que o campo contra-hegemônico, dos direitos sociais e econômicos, em que o cidadão tem a expectativa de ser incluído no contrato social deve ser abrangido pelo Poder Judiciário. Entende que não há alternativa que não seja assumir o Judiciário sua responsabilidade, ainda que politizando-se e enfrentando tensões com outros Poderes, pois há que encampar a justiça social através de uma concepção contra-hegemônica dos direitos humanos, levando a sério os direitos sociais e econômicos e sem proclamações exaltantes, porém vazias, de direitos fundamentais.

Nesse sentido, afirma que “O Judiciário é parte na tarefa de execução de políticas públicas, e tem que o assumir [...]” e dá o exemplo da Colômbia e do seu Tribunal Constitucional que obrigou o Município a implementar saneamento básico, gerando comoção e fazendo com que o poder central remetesse dinheiro ao Município para tanto. (SANTOS, 2007, p. 102).

Por fim, Santos (2007, p. 111) ainda preocupa-se com os instrumentos legais para que sejam garantidos os direitos sociais e econômicos, pelo que vaticina que “[...] havendo direitos coletivos, há que haver ações coletivas [...]”.

Também Grinover (2008, p. 12-13) apreende o sentido da judicialização da política:

Tércio Sampaio Ferraz Junior lembra que o objetivo do Estado liberal era o de *neutralizar* o Poder Judiciário frente aos demais poderes. Mas, no Estado democrático de direito o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa *neutralização de sua atividade*. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal.

[...]

Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de 'atos de governo' ou 'questões políticas', sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF/88), ou seja, em última análise à sua constitucionalidade.

O controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, assim, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição, pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado.

E continua o autor:

'Diante dessa nova ordem, denominada de *judicialização da política*', (muito diferente, acrescente-se, da *politização do Judiciário*) 'contando com o juiz como co-autor das políticas públicas, fica claro que sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado – incluindo a dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos – o Poder Judiciário deve atuar na sua função de controle'.

Assim, não se trata de endossar atuação político-partidária, ou mesmo política, no sentido de decidir o juiz, isoladamente, quais direitos sociais devem ser efetivados; a Constituição já o fez. As normas constitucionais já priorizaram direitos sociais em detrimento de outros. Assim, é possível afirmar que os direitos expressamente consagrados no art. 6º (salário mínimo, assistência social, previdência social, saúde e moradia), assim como o direito à educação (em cuja norma refere-se expressamente a direito público subjetivo), são prioritários.

Portanto, sustenta-se que seja analisado pela jurisdição quais os direitos sociais possuem os cidadãos por decisão constituinte, a qual fundamenta o controle e até mesmo a implementação de políticas sociais por via judicial.

6. Conclusão

Conclui-se pela legalidade e legitimidade do controle e, até mesmo, da implementação de políticas públicas através de mecanismos processuais constitucionais, considerando os direitos sociais eleitos e positivados na Constituição Federal como direitos fundamentais e a omissão do Poder Executivo em efetivá-los.

Recusa-se em identificar o controle jurisdicional com ativismo judicial, no sentido de tomada de postura política pelo órgão jurisdicional como definidor dos direitos sociais a serem implementados, porque se considera que tais direitos já foram escolhidos pelo constituinte, tratando-se da busca de sua aplicação constitucionalmente adequada, que entende-se como o regular exercício da função jurisdicional, sem transbordamento da divisão de poderes.

Por tais conclusões, o estudo crítico da teoria jurídica exposta por Alexy, que reconhece normatividade aos direitos sociais fundamentais, que vinculam os Poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), e que considerem também as limitações que outros direitos fundamentais e que a realidade fática e jurídica possam a eles impor, sem que se esvazie a sua fundamentalidade e efetividade, afigura-se como importante contribuição.

Constata-se que o princípio democrático contém âmbito material, no qual há que haver preocupação com a efetividade da participação popular, que não pode ser garantida apenas formalmente. A produção de justiça meramente formal é insatisfatória, senão impossível se desvinculada da ética, porque impossível completa disparidade entre ser e dever-ser. A técnica normativa não pode desvincular-se da prudência, no sentido aristotélico de sabedoria prática, conhecimento das atividades humanas e da melhor maneira de conduzi-las.

Por consistir o processo em espaço público discursivo, não há razão para excluir a apreciação pelo Judiciário de políticas públicas sociais, sempre respeitando o contraditório e o “círculo dialógico” em que consiste a hermenêutica proposta por Freitas (2004, p. 22-23):

Múltiplas se apresentam as maneiras de sistematizar, mas interpretar o Direito é realizar uma sistematização daquilo que aparece como fragmentário e isolado. Na realidade, o intérprete sistemático, no círculo dialógico, refunde o sistema sem cair no sociologismo, sabendo que o Direito busca seus conteúdos dentro e a partir de si.

[...]

[...] se tem a plena ciência de que sem liberdade não há interpretação. Mas a liberdade não deve significar a supressão das demais liberdades, inclusive daquelas que veicularam um tipo de vontade normativa que não pode ser arbitrariamente desconsiderada. Por isso, este livro enfatizará, com argumentos variados, que a exegese jurídica, em nosso sistema, não tem o condão de revogar o Direito, mas o de suspender a eficácia e, em alguns casos, de anular dispositivos contrários à efetividade do sistema, especialmente dos seus princípios fundamentais.

Salgado, ainda que defensor do ativismo, também ressalta a importância do verdadeiro contraditório no processo, que evitará a decisão arbitrária do juiz:

É através do Judiciário que se extrai o Direito da norma e da realidade para restaurá-la, e é através dele também que o povo faz o seu direito, pelas propostas em juízo, pelas teses levantadas e debatidas por seus advogados, pela reflexão teórica dos seus juristas levadas ao debate e pela decisão refletida sobre o conteúdo da ação. O poder do juiz não está na facilidade da decisão do arbítrio que põe fim ao conflito, o que um computador faz com menor margem de erro e sem o risco de parcialidade, mas no joear o Direito debatido e

exportar na matéria do processo, parcialmente, para resolver o conflito com a realização do valor polar do Direito: o justo. (SALGADO, 2001, p. 259-260).

Ressalte-se novamente que se está a defender a judicialização (ou processualização) de políticas públicas efetivadoras de direitos sociais constitucionalizados, e não a judicialização das decisões político-ideológicas.

O Direito, enquanto ciência deontológica, não prescinde da política na prescrição do dever-ser, por ser esta uma decisão política que se exterioriza pelo Direito. Assim, o poder transforma-se de político em jurídico, por meio de normas jurídicas dotadas de imperatividade.

Dentre as garantias políticas para o exercício do poder, avulta a separação dos Poderes estatais, que significa a especialização funcional e a independência orgânica, porém não significa exclusão da indispensável harmonia que deve presidir as relações entre eles, pelo mecanismo de controle recíproco de freios e contrapesos – *checks and balances* da doutrina anglo-saxônica.

Conclui-se que a jurisdicialização das decisões políticas já tomadas, pelo que o Direito não estará desconsiderando outras forças, dentre as quais a força política da sociedade civil, que intervém no momento da tomada da decisão pelo constituinte e deve continuar a intervir pela dedução de pretensões perante órgãos jurisdicionais, como um dos caminhos – e não o único – para efetivação de direitos democraticamente escolhidos. Assim é que, no que tange aos direitos fundamentais, não há usurpação de função legislativa pela jurisdição, na medida em que as decisões políticas fundamentais já foram tomadas e positivadas na Constituição.

7. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Disponível em: http://cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf. Acesso em: 31 maio 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009a.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

COLLIN, Denis. *Compreender Marx*. Petrópolis: Vozes, 2008.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: A contribuição da obra de Alexy. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 134-142, jul./dez. 1998.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e Direito Pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 709.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *RePro – Revista de Processo*, n. 164, p. 9-28, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KONDER, Leandro. *O que é dialética*. 28. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008. (Coleção primeiros passos, 23).

MORRIS, Clarence (Org.). *Os Grandes Filósofos do Direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. *Revista da FDUFG*, Belo Horizonte, n. 39, jan./jun. 2001.

SANTOS, Boaventura Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria geral do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.